

Sygn. akt: KIO 2203/11

WYROK

z dnia 19 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **12 października 2011 r.** przez wykonawcę **TOMORROW Sp. z o.o., ul. Kamionkowska 51, 03-812 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Kancelarię Prezesa Rady Ministrów, ul. Al. Ujazdowskie 1/3, 00-583 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **4system Polska Sp. z o. o., ul. Botaniczna 70, 65-392 Zielona Góra** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **TOMORROW Sp. z o.o., ul. Kamionkowska 51, 03-812 Warszawa** i :

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **TOMORROW Sp. z o.o., ul. Kamionkowska 51, 03-812 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający – Kancelaria Prezesa Rady Ministrów, Al. Ujazdowskie 1/3, 00-583 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Przygotowanie i wdrożenie kursów e-learningowych*”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 5 września 2011 r. pod pozycją 273878.

Dnia 7 października 2011 roku Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, która została złożona przez wykonawcę 4system Polska sp. z o.o., ul. Botaniczna 70; 65-392 Zielona Góra oraz o wykluczeniu z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykonawcy Tomorrow sp. z o.o., ul. Kamionkowska 51; 03-812 Warszawa.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca Tomorrow sp. z o.o., ul. Kamionkowska 51; 03-812 Warszawa (zwany dalej „Odwołującym”) i dnia 12 października 2011 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji uznaniu jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4. ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez niesłuszne wykluczenie z postępowania Odwołującego, który w toku postępowania wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, a w konsekwencji uznaniu oferty Odwołującego za odrzuconą.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, uznania, iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wniósł również o obciążenie Zamawiającego lub ewentualnego przystępującego w całości kosztami postępowania, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny w złożeniu odwołania. Zarzuty odwołania dotyczą bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu. Gdyby Odwołujący nie został wykluczony z udziału w postępowaniu to na podstawie jedyne kryterium oceny ofert, jakim jest cena, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Powyższe wskazuje wprost na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż „Osadzenie szkolenia na serwerach kontentu” - to jest fizyczne zamieszczenie materiałów przygotowanych przez Odwołującego na serwerze TP S.A. - jest jedynie czynnością techniczną i nie może być traktowane jako wdrożenie szkoleń e-learning. Wykonanie wyłącznie tej czynności przez klienta Odwołującego w ramach procedury wdrożenia kursów nie może decydować o ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający opisując warunki udziału w postępowaniu nie doprecyzował co rozumie poprzez wdrożenie kursów/szkoleń e-learningowych i nie wymagał, aby w ramach wdrożenia wykonawcy byli odpowiedzialni za umieszczenie kursów/szkoleń e-learningowych na serwerze. W związku z powyższym Zamawiający nie może interpretować nieścisłości specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób wywołujący negatywne skutki dla Odwołującego.

Ze względu na to, iż Zamawiający nie określił w s.i.w.z. definicji wdrożenia kursu/szkolenia e-learning, Odwołujący kierował się wykładnią językową słowa „wdrozenie”, gdzie wdrozenie to inaczej „implementacja, przystosowanie” (Słownik Synonimów www.megaslownik.pl), a „wdrożyć” - oznacza tyle, co „ćwiczeniem wyrobić w kimś jakąś umiejętność lub jakiś nawyk, podjąć jakieś działania zacząć stosować coś w praktyce” (Słownik Języka Polskiego PWN www.sjp.pwn.pl). Niewątpliwie określenie parametrów technicznych szkoleń do publikacji, czy przeprowadzenie testów technicznych szkoleń/kursów e-learningowych mieści się w językowej wykładni „wdrozenia”, rozumianej jako przystosowanie szkoleń do wymagań technicznych publikacji, czy przeprowadzenie testów technicznych jako rozpoczęcie stosowania kursów w praktyce.

W związku z powyższym Zamawiający nie może jedynie na podstawie informacji, że szkolenia zostały zamieszczone na serwerze przez klienta Odwołującego, wysuwać wniosków, iż Odwołujący nie był odpowiedzialny za wdrozenie przedmiotowych kursów/szkoleń e-learning i nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji Zamawiający powinien uznać, iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 12 października 2011 roku.

Zamawiający, dnia 13 października 2011 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 17 października 2011 roku do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca 4system Polska sp. z o.o., ul. Botaniczna 70; 65-392 Zielona Góra.

Zamawiający dnia 18 października 2011 roku złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku

naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z rozdziałem VII pkt 1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w celu potwierdzenia spełniania warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wykonawca winien wykazać się należytych wykonaniem (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, również wykonywaniem) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, 3 usług (każda usługa realizowana na podstawie odrębnej umowy), każdej o wartości nie mniejszej niż 100 000 zł brutto, których przedmiotem było przygotowanie i wdrożenie kursów/szkoleń e-learningowych, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, popartych dokumentami potwierdzającymi, że usługi te zostały wykonane należycie lub są wykonywane należycie.

Zamawiający mając wątpliwość do przedstawionego wraz z ofertą wykonawcy wykazu usług i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wskazanych w wykazie usług wezwał Odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnienia m.in., czy w zakresie usługi nr 1 implementacja szkoleń e-learningowych została przeprowadzona przez wykonawcę, czy samodzielnie przez Zamawiającego, lub na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do przedstawienia innej usługi w wykazie usług (wraz z dokumentami potwierdzającymi jej należyłą realizację), pozwalającej na stwierdzenie spełniania postawionego warunku.

Na wezwanie Zamawiającego Odwołujący przedstawił m.in. wyjaśnienia dla zakresu usługi nr 1, w treści których wskazał, że „(...) klient osadza szkolenia na serwerach kontentu (...)”, co zdaniem Zamawiającego nie potwierdziło spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Zamawiającego wdrożenie oznacza zespół czynności (ograniczony i kompletny), innych niż opracowanie kursów e-learningowych (przede wszystkim o charakterze technicznym) niezbędnych do uruchomienia w środowisku sprzętowo-programowym funkcjonującym u Zamawiającego, działającym na serwerach Zamawiającego w celu udostępnienia ich użytkownikom końcowym (osobom, które będą korzystały z kursów).

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazał, co rozumie przez wdrożenie kursów - pisząc w pkt 2.1, iż *„Przedmiot zamówienia stanowi przygotowanie i wdrożenie (uruchomienie) gotowych do uruchomienia na funkcjonującej w Kancelarii Prezesa Rady Ministrów platformie e-learningowej (System e-learning KPRM)”*.

Dokumenty, które przedłożył Odwołujący do oferty, jak i dokumenty złożone w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów, oceniane łącznie z wyjaśnieniami złożonymi przez Odwołującego nie pozwalają na przyjęcie, iż Odwołujący wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Izba zwraca uwagę, że z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych wynika obowiązek, leżący po stronie wykonawcy wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Niewłaściwe, w tym zakresie jest stanowisko Odwołującego, który poprzez swoje działania próbuje na nowo definiować sformułowania już zdefiniowane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w poz. 2.1 (strona 1 OPZ) oraz w poz. 2.1 pkt 11 (strona 3 OPZ) i następnie wykazywać, iż usługi, które wykazał w ofercie spełniają stawiane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

Ponadto Izba wskazuje na prawidłowość działania Zamawiającego, w zakresie możliwości definiowania określonych (spornych) sformułowań ujętych w OPZ (Opisie Przedmiotu Zamówienia) w kontekście oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, które to działania wynikają z treści przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, gdzie ustawodawca wskazał, iż Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w odpowiedzi na prośbę Zamawiającego o złożenie wyjaśnień stwierdził, iż istotny element wdrożenia kursów został zrealizowany nie przez Odwołującego lecz przez Klienta, na rzecz którego świadczył usługę. Powyższe wyjaśnienie bezsprzecznie wskazuje, iż przedmiotowej usługi nie można uznać za potwierdzającą spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący, opcjonalnie, przedstawił również inną usługę w opisie której, jak również referencjach wystawionych przez jej odbiorcę nie znajduje się potwierdzenie, że Odwołujący wykonał usługę, której przedmiotem było *„przygotowanie i wdrożenie kursów/szkoleń e-learningowych”*.

Wykaz oraz referencja potwierdzają jedynie: *„Wdrożenie centralnej platformy e-learning (...), przygotowanie merytoryczne i opracowanie treści materiałów dydaktyczno-szkoleniowych (...) szkolenia stacjonarne z obsługi platformy”* oraz *„(...) projekt na: Dostawę i wdrożenie centralnej platformy e-learning wraz z wsparciem technicznym oraz konserwacja systemu obejmował realizację następujących elementów: dostawa licencji, instalacja oraz*

wdrożenie centralnej platformy e-learning wraz z wsparciem technicznym oraz konserwacją systemu, przygotowanie merytoryczne i opracowanie treści materiałów dydaktyczno-szkoleniowych do zdalnego nauczania (szkolenia e-learning), przeprowadzenie szkolenia stacjonarnego dla pracowników jednostek samorządowych z obsługi platformy e-learning”.

Powyższe informacje nie mogą być uznane za potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, czyli należytego wykonania usługi polegającej na przygotowaniu i wdrożeniu kursów/szkoleń e-learningowych.

Reasumując, Odwołujący wezwany do wyjaśnień w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp oraz wezwany do uzupełnienia dokumentów, w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp – nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, dlatego też za prawidłową należy ocenić czynność Zamawiającego polegającą na wykluczeniu z przedmiotowego postępowania Odwołującego, a w konsekwencji wykluczenia, uznania jego oferty za odrzuconą.

Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę na fakt, iż to na Odwołującym, jako stronie, która wywodzi określone skutki prawne spoczywa obowiązek składania dowodów na poparcie swoich twierdzeń, który to obowiązek bezpośrednio wynika z przepisu art. 190 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Do zamknięcia rozprawy Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które mogłyby potwierdzać słuszność stawianych zarzutów.

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: